

Bioética e Direito



Busto de Hipócrates. Museu Capitolino, Roma

Esta Secção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juízes – individualmente ou nos tribunais

Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário das decisões. Do mesmo modo, serão bem-vindas manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo à legislação vigente, que polemizem princípios morais na área da saúde

A questão do consentimento informado em face do disposto no artigo 15 do Código Civil

A comissão de juristas presidida por Miguel Reale, encarregada do nobre múnus de elaborar o projeto do atual Código Civil, levou em consideração três postulados que constituíram a viça mestra da ordenação e criação das normas jurídicas que o compõem.

Esses três postulados, que podem ser denominados de basilares e inferidos da exposição de motivos do supervisor da Comissão de Elaboração e Revisão do Código Civil¹, são a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade.

Em outros termos, pode-se afirmar com segurança que o Código Civil vigente não possui mais o espírito de admitir a existência regular de uma solução jurídica que seja legal mas imoral ou que contrarie os princípios de convivência humana harmoniosa (postulado da eticidade).

A nova realidade do Direito Civil deixa clara esta proposição ao estabelecer expressamente o princípio da boa-fé no art. 113, o abuso de direito no art. 187, a proibidade e boa-fé nos contratos no art. 422, o instituto da lesão no art. 157 e a posituação da cláusula *rebus sic stantibus* (onerosidade excessiva) nos arts. 478 a 480.

Também não vigi mais o individualismo que permeava o Código Civil de 1916, por sua vocação eminentemente liberal. O atual Código Civil privilegia o social em detrimento do individual, como se observa no disposto nos arts. 421, que trata da função social do contrato, e 1.228, § 1º, que trata da função social da propriedade (postulado da sociabilidade).

Por derradeiro, o Código Civil foi elaborado para ter a vocação de ser facilmente operado pela sociedade, contendo vários conceitos abertos (exemplo: art. 1.228, §4º) que potencializam a discricionariedade do juiz e tornam fácil sua adequação aos mais diversos casos concretos, que jamais poderiam ser, todos, visualizados de antemão nas hipóteses legais determinadas pelo legislador (postulado da operabilidade).

Partindo da ciência desses postulados é que se pretende, por intermédio deste ensaio de política jurídica, demonstrar a correta interpretação que deve ser conferida a um dispositivo legal componente do Código Civil vigente, o qual vem sendo tratado até o momento com certa indiferença por parte da doutrina, mas que ocasiona justificável preocupação para os profissionais que atuam na área da medicina, como é possível inferir do seu enunciado:

“Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida², a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A interpretação rasa e gramatical pode levar, *prima facie*, a duas conclusões possíveis que, salvo melhor juízo, não correspondem a melhor forma de apreensão do conteúdo do comando normativo.

Em primeiro lugar, pode-se interpretar se a regra determina como condição para que ninguém possa ser submetido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica a efetiva existência de risco de morte. Em não havendo tal risco, o paciente pode então ser obrigado pelo médico a participar de determinado tratamento ou intervenção cirúrgica.

A segunda interpretação possível é a de que o médico, em hipótese alguma, pode submeter paciente que esteja sob risco de morte a tratamento ou intervenção cirúrgica que lhe garanta o direito à vida.

No que concerne ao primeiro modelo de interpretação do dispositivo legal em apreço, cabe tecer a consideração de que o risco de morte não pode ser utilizado como condição determinante para definir quando o médico pode ou não submeter o paciente a determinado procedimento ou tratamento sem prévio consentimento.

Desde já, cumpre elucidar que o suporte fático objetivado pela lei não se refere ao paciente acometido de risco de morte e compelido pelo médico a se tratar, mas sim à pressuposição de um doente fora do risco de morte, sendo compelido a um tratamento ou intervenção cirúrgica que lhe atribua tal risco.

Destarte, tratando-se de paciente que já está sob risco de morte, pode o médico, sim, proceder no sentido de salvaguardar sua vida, mesmo que esta não seja a vontade declarada do paciente ou de seus responsáveis.

Agindo de outra forma, estaria o esculápio infringindo os arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica³, que assim dispõem:

“É vedado ao médico:

Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida.

É vedado ao médico:

Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.

Além disso, estaria sujeito às sanções penais pela omissão de socorro que restaria caracterizada com a prática dessa conduta.

O enfrentamento da segunda hipótese de interpretação gramatical é mais tormentoso, pois o Código Civil aparentemente colide com o Código de Ética Médica e com o direito natural ao erigir o direito à liberdade ou autodeterminação do indivíduo como superior ao direito à vida.

Assim, interpretar de forma estritamente gramatical o disposto no art. 15 do Código Civil poderia conduzir à conclusão imediata de que o paciente não pode ser submetido contra sua vontade a ser tratado de forma a preservar sua vida.

Neste momento, faz-se necessário investigar um pouco mais a fundo e à luz da moral cristã ocidental⁴ os valores envolvidos no preceito legal em comento, notadamente a liberdade e vida

humanas⁵, para o fim de aplicar-se de forma indefectível o princípio da proporcionalidade.

Hierarquicamente, há que se verificar qual axioma⁶ é anterior ou mais ao princípio⁷, se a vida ou a liberdade. Há que se refletir, pois, se é possível haver vida sem liberdade e, da mesma forma, se é possível haver liberdade sem vida.

Não é difícil concluir que o direito à vida é anterior e hierarquicamente superior ao da liberdade, pois a liberdade pressupõe a vida e não o contrário. Não há liberdade sem vida, mas há vida sem liberdade.

Não é por mero acaso que o art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve em ordem que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, pois há uma hierarquia de valores-princípios que deve ser observada e respeitada.

Além disso, como bem lembra Norberto Bobbio, apesar de sua desejabilidade geral, liberdade e igualdade não são valores absolutos⁸.

Portanto, o segundo modelo de interpretação do art. 15 do Código Civil não pode prosperar sob pena de se incorrer em flagrante inversão de valores, pois então o paciente estaria autorizado a dispor de sua própria vida em nome de sua liberdade pessoal, o que lembra até, sob uma de suas formas, a eutanásia.

Como já mencionado, tal reprovável interpretação afrontaria também o disposto nos arts.

46 e 56 do Código de Ética Médica, pois os mesmos ressaltam o perigo de morte do paciente como exceção à liberdade de consentimento.

Léo Meyer Coutinho, ao tecer comentários sobre o Código de Ética Médica, descreve com lucidez qual o dever do médico ao constatar o perigo de morte do paciente:

“Que fique bem claro que somente em iminente risco de vida é que podemos intervir, clínica ou cirurgicamente, contra a sua vontade, ou de seus familiares. E somente quando o risco for real, não meramente potencial. Exemplos: diagnosticamos um enorme aneurisma de aorta abdominal. Esclarecemos o paciente que aquele aneurisma poderá romper a qualquer momento, sendo fatal. Ele decide não operar. Não podemos fazê-lo. Chega ao hospital um paciente com abdome agudo, que puncionado revela sangue na cavidade peritoneal. Temos a obrigação de operar, queira ou não o paciente ou seus familiares. Se necessário, podemos solicitar até a intervenção policial para garantir a segurança necessária ao ato. Por prudência, e quando houver tempo, devemos chamar um colega para confirmar a indicação inequívoca”⁹.

A título de esclarecimento, menciona-se que a questão da obtenção do consentimento do paciente não é tema novo, pois o Código de Nuremberg, de 1947, já previa dispositivos aplicáveis à obtenção de consentimento de paciente para participação em pesquisa médica, bem como a Declaração de Helsinque, adotada pela Associação Médica Mundial em 1964, e o

Acordo Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1976.

Um caso clássico que leva a conflitos em relação à necessidade de obtenção de consentimento do paciente quando há risco de morte refere-se a hipótese dos fiéis à religião evangélica denominada Testemunhas de Jeová, que não admitem transfusão de sangue por entenderem, por meio de específica interpretação de textos bíblicos, que não se pode consumir sangue, seja por via oral ou intravenosa.

Diante do exposto até o momento, tem-se que até a entrada em vigência do Código Civil de 2002, o médico, ao receber uma criança acidentada e necessitando de transfusão de sangue, não perderia minutos importantes para refletir se realizaria ou não o procedimento para salvar a vida do paciente ou se iria aguardar passivamente o consentimento dos responsáveis, pois os arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica lhe amparavam ao conceder a prerrogativa de agir até contra a vontade do paciente ou de seus responsáveis para salvar-lhe a vida.

Entretanto, a partir da entrada em vigência deste Código Civil, a decisão de agir para salvar a vida do paciente parece ser muito mais tormentosa para o médico, haja vista que interpretando incorretamente o seu art. 15 pode-se ter a impressão inicial de que a lei não mais concede tal prerrogativa ao médico; pelo contrário, veda tal comportamento.

E a gravidade desse problema evidencia-se a partir do momento em que se relembra que o médico deve ficar plenamente resguardado e

não ter outro interesse que não o da sobrevivência de seu paciente¹⁰.

Em alguns casos, é até difícil aferir com absoluta exatidão quando um tratamento ou cirurgia ocasiona risco de morte, como destaca o médico Irany Novah Moraes: o risco, no concernente ao procedimento médico, é dificilmente quantificado, pois se trata de um julgamento com múltiplos aspectos e que varia para cada especialidade¹¹.

O que deve restar claro deste ensaio é que o médico não pode obrigar um paciente, que esteja fora do risco de morte, a submeter-se a tratamento ou intervenção cirúrgica que lhe proporcione tal risco, mas apenas isso. Quando se trata de paciente sob iminente risco de morte, em atenção à supremacia do

direito à vida sobre o direito à liberdade individual de dispor de seu corpo e de sua saúde, pode o médico submeter o paciente – mesmo sem o seu consentimento ou de seus familiares – a tratamento ou intervenção cirúrgica que lhe garanta a sobrevivência. É seu dever ético e continua sendo um dever jurídico. Não assumir este dever jurídico de tratar o paciente acometido de iminente perigo de morte pode ocasionar responsabilidade civil por omissão (negligência). Além disso, como já defendido linhas acima, prevalecendo entendimento diverso poderia estar sendo autorizada por vias transversas a eutanásia, bem como estaria sendo institucionalizada a ilicitude da proteção do direito à vida por ofensa ou violação à liberdade individual, o que é moral e juridicamente inaceitável.

BIBLIOGRAFIA

- Bobbio N. A era dos direitos. 10.ed. São Paulo: Campus, 1992. 217 p.
- Bobbio N. Igualdade e liberdade. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. 96 p.
- Bonavides P. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.
- Coutinho LM. Código de ética médica comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Durant G. Bioética: natureza, princípios e objetivos. São Paulo: Paulus, 1995. 102 p.
- Exposição de motivos do supervisor da Comissão de Elaboração e Revisão do Código Civil. Disponível em http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/20020219115417/view?page=LEI10410.HTM#E49E7. Acesso em 26 mai 2003.
- Melo OF. Dicionário de política jurídica. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 104 p.
- Moraes IN. Erro médico e a justiça. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 732 p.

NOTAS

- 1 Exposição de motivos do supervisor da Comissão de Elaboração e Revisão do Código Civil. Disponível em http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/20020219115417/view?page=LEI10410.HTM#E49E7. Acesso em 26 mai. 2003.

- 2 Prefiro utilizar a expressão “risco de morte” do que “risco de vida” (opção do legislador), haja vista que o paciente está com vida e corre o risco de morrer, e não o contrário
- 3 *O jusnaturalista objetará que existem direitos naturais ou morais absolutos, direitos que - enquanto tais - são direitos também em relação a qualquer outro sistema normativo, histórico ou positivo. Mas uma afirmação desse tipo é contraditada pela variedade de códigos naturais e morais propostos (...)* (Bobbio N. A era dos direitos. 10 ed. São Paulo: Campus, 1992: 81).
- 4 *Na realidade, se se deseja aprofundar a questão, é necessário reconhecer que o princípio da inviolabilidade da pessoa, sob os olhos dos juristas, admite duas interpretações, “por um lado pode significar que ninguém pode ser submetido a um tratamento, sem o consentimento, o que significa simplesmente aplicar o princípio da autonomia”, do qual se afirma que é necessário, mas insuficiente. “Por outro lado, pode-se interpretar como uma aplicação do princípio da conservação da vida, mesmo porque se trata de preservar a integridade física da pessoa contra atos que prejudiquem, sejam esses atos movidos por um ou outro interesse”. (Somerville). (Durant G. Bioética: natureza, princípios e objetivos. São Paulo: Paulus, 1995: 37-38.).*
- 5 *Valor. 1. Aquilo que se tem como objeto de preferência, ou seja, o que é digno de escolha. 2. Na linguagem político-jurídica, é qualidade normativa ou critério de juízo (V.juízo de valor). (Melo OF. Dicionário de política jurídica. Florianópolis: OAB/SC, 2000: 97.).*
- 6 A categoria “princípio”, segundo Luís Díez Picazo, deriva da geometria, em que significa as verdades primeiras. São, portanto, princípios porque estão “ao princípio”, constituindo-se em premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*. (Bonavides P. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999: 228-229.)
- 7 Bobbio N. Igualdade e liberdade. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997: 10..
- 8 Coutinho LM. Código de ética médica comentado. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1994: 60.
- 9 Moraes IN. Erro médico e a justiça. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001: 348.
- 10 Moraes IN. Erro médico e a justiça. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001: 463.

DARWINN HARNACK

Biólogo formado pela Universidade Federal de Santa Catarina e mestre em Ética Aplicada pela Universidade Católica de Leuven (Bélgica). Atualmente, atua como professor assistente na Escola de Farmácia e Odontologia de Alfenas (Efoa/Ceufe), onde ministra aulas na área de Ciências Biológicas